

# ZEG IK HET OF ZEG IK HET NIET?

Richtlijnen voor het vragen naar en (niet-)melden van arbeidsbeperkingen bij indiensttreding

793 Prof. mr. A.C. Hendriks

Aart Hendriks is bijzonder hoogleraar gezondheidsrecht aan de Universiteit Leiden en medewerker van dit blad. Als lid van de Commissie gelijke behandeling (CGB) en van de Commissie klachtenbehandeling aanstellingskeuringen (CKA) is hij betrokken geweest bij de totstandkoming van enkele in deze bijdrage aangehaalde oordelen.

**Sinds begin 2006 is de WAO vervangen door de WIA. Deze laatste wet beoogt het werken naar vermogen te bevorderen. Veel zaken zijn door deze wet veranderd. Maar geldt dit ook voor het vraagrecht van de werkgever en de mededelingsplicht van de sollicitant? En wat te doen bij arbeidsbeperkingen die kunnen worden weggenomen door een voorziening op de werkplek? Een inventarisatie van de regels inzake de omgang met informatie betreffende arbeidsbeperkingen bij sollicitaties.**

De vraag of, en zo ja wanneer, een sollicitant een werkgever moet informeren over functionele beperkingen als gevolg van een lichamelijke, verstandelijke, psychiatrische of communicatieve ziekte of gebrek (hierna: arbeidsbeperkingen) stelt de betrokkene niet zelden voor een dilemma. Dit geldt in het bijzonder indien de betreffende beperking niet (aanstonds) waarneembaar is en een medische keuring geen onderdeel uitmaakt van de aanstellingsprocedure. Hoever reikt dan de mededelingsplicht van de sollicitant?

Dat de werkgever belang kan hebben bij kennis omtrent arbeidsbeperkingen van werknemers staat buiten kijf. Hij is (mede)verantwoordelijk voor het arbeidsomstandighedenbeleid (Arbowet en art. 7:658 BW), aansprakelijk voor schade aan derden door een ondergeschikte (art. 6:170 BW) en draagt de consequenties van ziekteverzuim (bijv. art. 7:629 BW). De sollicitant kan echter moverende redenen hebben zijn arbeidsbeperkingen (nog) niet te melden.

Uit de zaken die worden voorgelegd aan de rechter, de Commissie gelijke behandeling (CGB)<sup>1</sup>, de Commis-

sie klachtenbehandeling aanstellingskeuringen (CKA)<sup>2</sup> en andere geschilbeslechtende instanties, komt naar voren dat het melden van arbeidsbeperkingen voorafgaand aan indiensttreding tot gevolg kan hebben dat een dienstverband niet tot stand komt. Het niet-melden kan evenwel tot een dusdanige vertrouwensbreuk leiden, dat de relatie vroegtijdig wordt beëindigd.<sup>3</sup> Dit is voor alle betrokkenen onwenselijk en roept de vraag op hoe problemen kunnen worden voorkomen, zonder afbreuk te doen aan leders belangen.

Deze problematiek is begin dit jaar met de komst van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA) en de Wet invoering en financiering WIA (IWIA) in een nieuw daglicht komen te staan. De WIA stelt het werken naar (resterende) arbeidsmogelijkheden immers voorop. In het verlengde hiervan schept de wet nieuwe verplichtingen voor 'gedeeltelijk arbeidsgeschikten' om zich in te spannen arbeid te verkrijgen en te behouden.

## 1. VRAAGSTELLING

De sollicitatiefase wordt vanouds geregeerd door het beginsel van de contractvrijheid. Een werkgever mag de vrijheid zelf uit te maken wie hij in dienst neemt evenwel niet uitoefenen op een wijze die strijdig is met het objectieve recht. Deze vrijheid biedt de werkgever primair de mogelijkheid te kiezen voor de voor func-

1. Zie [www.cgb.nl](http://www.cgb.nl).

2. Zie [www.aanstellingskeuringen.nl](http://www.aanstellingskeuringen.nl).

3. Zie bijv. Hof Arnhem 9 november 2004, JAR 2005/81; Ktr. Utrecht 28 januari 2005, JAR 2005/60 en CGB 2 februari 2006, oordeel 2006-17.

tie meest geschikte kandidaat. Selectie op grond van relevante factoren is daarmee toegestaan. Indien een werkgever zich bij het maken van een keuze laat leiden door irrelevante factoren, maakt hij zich echter al snel schuldig aan willekeur of, bij het laten meewegen van bepaalde criteria, discriminatie.

Dit roept de vraag op of arbeidsbeperkingen in overweging mogen worden genomen bij de selectie tussen kandidaten. Zo ja, is het dan aan de werkgever te achterhalen of hiervan sprake is dan wel aan de sollicitant de werkgever hierover eigener beweging te informeren?

## 2. BEPERKTE MEDEDELINGSPLICHT

Partijen dienen tijdens de precontractuele fase rekening te houden met elkaars belangen.<sup>4</sup> Deze eis brengt de verplichting met zich gedurende de onderhandelingsfase eigener beweging inlichtingen te verschaffen over onderwerpen waarvan een partij weet dan wel kan aannemen dat deze voor de wederpartij van belang zijn te weten alvorens over te gaan tot het sluiten van een overeenkomst.<sup>5</sup> Hierbij wordt stilzwijgend aangenomen dat partijen als gelijken tegenover elkaar staan. In geval van een sollicitatieprocedure is dit veelal niet het geval. Het geven van inlichtingen over arbeidsbeperkingen raakt bovendien aan de privacy van de sollicitant en maakt hem vatbaar voor discriminatie. De Hoge Raad heeft de mededelingsplicht van de sollicitant, vanwege de kwetsbare situatie waarin hij zich bevindt, daarom altijd restrictief uitgelegd. Verzwijging van een kwaal tijdens een sollicitatiegesprek 'waarover de werkgever geen daarop gerichte vraag heeft gesteld' vormt, aldus 's lands hoogste rechtscollege, alleen een dringende reden voor ontslag 'indien de arbeider wist of had moeten begrijpen dat deze kwaal hem ongeschikt maakt voor de betrekking waarnaar hij solliciteerde'.<sup>6</sup>

Opgemerkt dient te worden dat de Hoge Raad de mededelingsplicht van de sollicitant formuleert als aanvulling op het vraagrecht van de werkgever. Het vraagrecht van de werkgever is de afgelopen jaren evenwel fors ingeperkt. Betekent dit nu dat de mededelingsplicht navenant is uitgebreid? Daartoe moet nader worden gekeken naar enkele wetten die de afgelopen decennia tot stand zijn gekomen.

## 3. RECHTSONTWIKKELINGEN SINDS JAREN TACHTIG

Via een reeks maatregelen is sinds het eind van de jaren tachtig van de vorige eeuw gepoogd het beroep op de Ziektewet en de uitstroom naar de arbeidsongeschiktheidsregelingen terug te dringen. In het verlengde hiervan zijn werkgevers (en werknemers) steeds meer financiële verantwoordelijkheid gaan dragen voor ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid. In een poging deze risico's te beperken gingen werkgevers daarop over tot strengere (gezondheids)selectie van kandidaten. Dit werd onwenselijk geacht. Door middel van drie wetten, die alle raken aan het vraag-

# *Het geven van inlichtingen over arbeidsbeperkingen raakt aan de privacy van de sollicitant en maakt hem vatbaar voor discriminatie.*

recht van de werkgever en de mededelingsplicht van de sollicitant, heeft de wetgever vervolgens getracht risicoselectie aan de poort van de onderneming tegen te gaan.

De Wet op de medische keuringen (WMK), ingevoerd op 1 januari 1998, legt het gebruik van aanstellingskeuringen aan banden. Het verrichten van keuringen voorafgaand aan indiensttreding is op grond van deze wet verboden, tenzij aan de vervulling van de betreffende functie bijzondere eisen zijn te stellen op het punt van de medische geschiktheid (art. 4 lid 1 WMK). Slechts bepaalde bedrijfsartsen zijn gerechtigd een aanstellingskeuring uit te voeren. De WMK legt het begrip keuring overigens ruim uit: 'vragen over de gezondheidstoestand van de keurling en het verrichten van medisch onderzoek' (art. 1 onder a WMK). Hieruit volgt dat ook het direct of indirect vragen naar de gezondheid(stoestand) van een sollicitant wordt aangemerkt als een keuring.<sup>7</sup>

Min of meer gelijktijdig zijn de belangrijkste (re)integratieinstrumenten samengebracht in de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten (Wet REA). Door het scheppen van een helder kader en het vereenvoudigen van de subsidiemogelijkheden werd beoogd dat met name werkgevers deze instrumenten sneller en effectiever gingen inzetten.

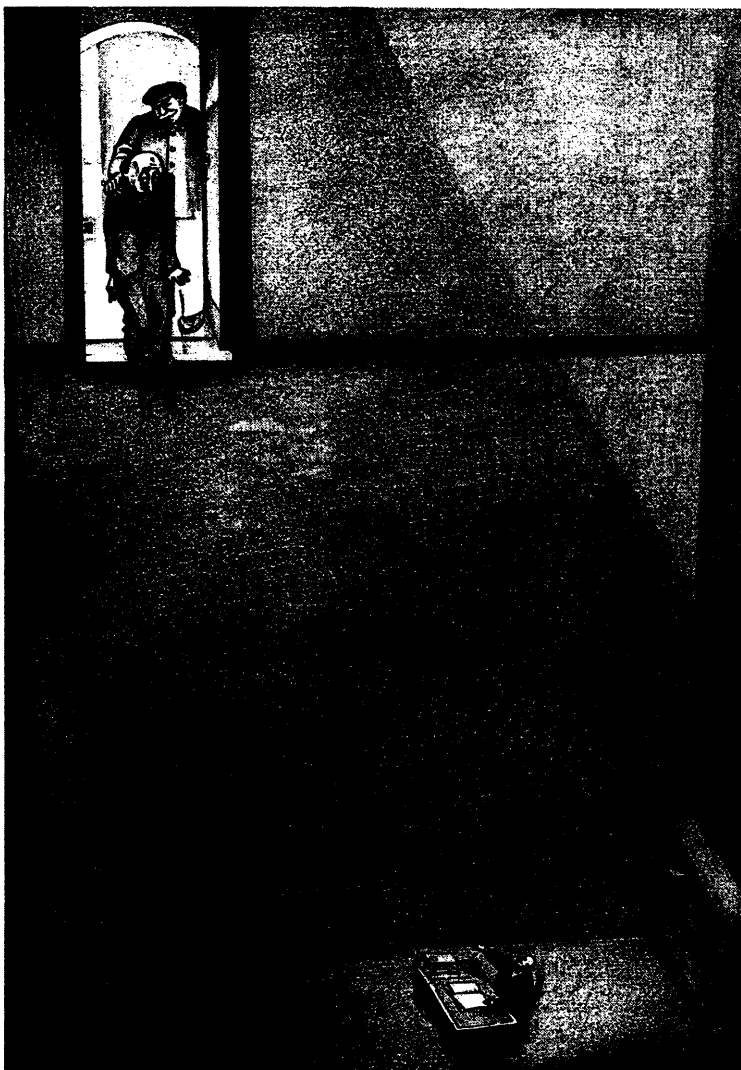
De Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ), van kracht sinds 1 december 2003, verbiedt het maken van onderscheid bij de arbeid vanwege handicap of chronische ziekte. Gesteld dat een sollicitant geschikt is voor een functie, dan is het hebben van een handicap of chronisch ziekte immers geen relevante factor voor selectiebeslissingen. Ingevolge de WGBH/CZ is er tevens sprake van verboden onderscheid indien aanbieders van arbeid nalaten een 'doeltreffende aanpassing' te maken – zoals het aanbrenge van een spraakherkenner of het aanpassen van de werktijden – tenzij zulks een 'onevenredige belasting' vormt (art. 2 WGBH/CZ). De WGBH/CZ erkent hiermee dat de (re)integratie van mensen met beperkingen soms vergt dat er voorzieningen worden getroffen om te verzekeren dat zij (weer) kunnen deelnemen aan het arbeidsproces.

4. HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (m.nt. L.E.H. Rutten).

5. HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 (m.nt. G.J. Scholten).

6. HR 20 maart 1981, NJ 1981, 507.

7. CKA 28 maart 2003, oordeel 2003-01.



G. Irod,  
Houtskooltekening

#### 4. GEVOLGEN

Wat zijn nu de gevolgen van deze maatregelen voor het vraagrecht van de werkgever en de mededelingsplicht van de sollicitant? Deze zou ik als volgt willen samenvatten.

Uit de systematiek van de WMK volgt dat het een

werkgever nimmer is toegestaan te informeren naar arbeidsbeperkingen bij een sollicitant.<sup>8</sup> Dit laat onverlet dat verzwijging van relevante informatie door de sollicitant nog immer strijd oplevert met de regels van precontractuele redelijkheid en billijkheid.<sup>9</sup> Meer in het bijzonder is het de sollicitant niet toegestaan om zaken te verzwijgen die voor de vervulling van de functie rechtstreeks van belang zijn.<sup>10</sup>

Wat onder het criterium 'rechtstreeks van belang' moet worden verstaan, wordt in de rechtspraak strikt uitgelegd. Zo bestaat er voor de sollicitant geen meldplicht van gezondheidsklachten die zich in het verleden hebben voorgedaan te melden.<sup>11</sup> Evenmin bestaat de verplichting tot het melden van een WAO-verleden.<sup>12</sup> Dit volgt ook uit de wetsgeschiedenis van de REA, toen uitdrukkelijk is uitgemaakt dat een persoon niet tegen zijn wil het stempel arbeidsgehandicapte kan worden opgelegd.<sup>13</sup>

Het vraagrecht van de werkgever en de mededelingsplicht van de sollicitant zijn door de WGBH/CZ verder ingeperkt. Arbeidsbeperkingen behoren tijdens de precontractuele fase slechts aan de orde komen in verband met doeltreffende aanpassingen. Het is dan de verantwoordelijkheid van de sollicitant 'om kenbaar te maken dat hij een aanpassing nodig heeft'.<sup>14</sup> De verantwoordelijke bewindspersoon vond het desgevraagd raadzaam met het aankaarten hiervan te wachten tot het laatste stadium van de sollicitatiefase.<sup>15</sup>

Hieruit volgt dat de mededelingsplicht van de sollicitant met betrekking tot arbeidsbeperkingen zich enkel uitstrekt tot beperkingen waarvan hij weet of redelijkerwijs had moeten weten dat deze rechtstreeks van belang zijn voor het vervullen van een functie. Indien de sollicitant niet wordt onderworpen aan de aanstellingskeuring betekent dit, aldus De Wolff, dat slechts die beperkingen moeten worden gemeld waarvan de sollicitant weet of moet aannemen dat deze tot een negatieve uitslag zouden leiden indien er een medische keuring zou plaatsvinden, terwijl een doeltreffende aanpassing redelijkerwijs niet kan worden gemaakt.<sup>16</sup>

#### 5. IMPLICATIES VAN DE WIA

In de WIA staat niet het verzekeren van arbeidsongeschiktheid, maar het activeren van arbeidsparticipatie voorop. Dit blijkt alleen al uit de benaming van de regeling waarop gedeeltelijk arbeidsgeschikten een beroep kunnen doen voor financiële ondersteuning, de Regeling werkhervatting gedeeltelijk arbeidsgeschikten (WGA), die onderdeel uitmaakt van deze wet. Ook anderszins zijn er zaken gewijzigd. Zo zijn per begin dit jaar de Wet REA en het reïntegratie-instrumentarium van deze wet grotendeels overgeheveld naar de WIA en enkele andere socialezekerheidswetten.

Voor wat betreft de mededelingsplicht van een sollicitant is relevant dat een WGA-gerechtigde onder meer verplicht is 'in voldoende mate te trachten passende arbeid te verkrijgen' en 'geen eisen te stellen in verband met door hem te verrichten arbeid die het aanvaarden of verkrijgen van passende arbeid belem-

8. CKA 28 maart 2003, oordeel 2003-01 en CKA 15 december 2004, oordeel 2004-14.

9. Kamerstukken II 1992/93, 23 259, nr. 3, p. 10 en Kamerstukken II 1993/94, 23 259, nr. 7, p. 10.

10. Rb. Rotterdam 1 april 1999, JAR 1999/99.

11. Ktr. Arnhem 13 september 1999, Prg. 2000, 5401 en Rb. Arnhem 17 april 2002, JAR 2002/108.

12. Ktr. Middelburg 21 juli 2003, JAR 2003/04; Ktr. Utrecht 30 december 2004, zaaknr. 382235 EJ VERZ 04-4771 en CGB 5 juli 2004, oordeel 2004-83.

13. Kamerstukken II 1996/97, nr. 3, p. 31.

14. Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 26 en Kamerstukken I 2002/03, 28 169, nr. 48a, p. 16.

15. Handelingen I 2003, 20, p. 636.

16. D.J.B. de Wolff, 1Taaï ongerief: de verzwijging van medische beperkingen', Sociaal Recht 2004, p. 331-339.

meren' (art. 30 lid 1 onder b en c). Op grond van deze verplichtingen is een WGA'er gehouden te solliciteren, zich bereid te verklaren sollicitatiegesprekken te voeren en zich bij dit alles niet zodanig te gedragen dat hij passende arbeid misloopt. Maakt een sollicitant die de werkgever verzoekt om een doeltreffende aanpassing zich nu schuldig aan schending van deze verplichting? Ik zou menen van niet. Een sollicitant met arbeidsbeperkingen heeft op grond van de WGBH/CZ nu eenmaal recht op een doeltreffende aanpassing. Dit is anders indien een sollicitant dusdanige eisen stelt dat hij het verkrijgen van passende arbeid *de facto* frustreert.<sup>17</sup>

De WIA bevat voor WGA-gerechtigden ook een informatieplicht (art. 27 WIA). Deze verplichting geldt jegens het UWV en, voorzover noodzakelijk voor de uitvoering van reïntegratietaken, het CWI, het ingeschakelde reïntegratiebedrijf en de werkgever-eigenrisicodragers (art. 27 lid 1-3 WIA). Deze informatieplicht weerspiegelt bovenal het bestuursrechtelijke karakter van de WIA. Het UWV moet namelijk in staat worden gesteld de aanspraak op en hoogte van een uitkering op juiste wijze te bepalen. Dat een soortgelijke informatieplicht jegens de aspirant-werkgever ontbreekt in de WIA mag derhalve, los van het karakter van de wet, niet verbazen.

Hieruit volgt dat de WIA geen verandering brengt in het vraagrecht van de werkgever en de mededelingsplicht van de sollicitant. Sterker, tijdens de wetgeschiedenis is expliciet uitgemaakt dat een sollicitant de aspirant-werkgever niet hoeft te informeren over een arbeidsbeperking of WAO-verleden en dat het belang van arbeidsdeelname en privacybescherming tijdens de sollicitatiefase voorop staat.<sup>18</sup> Echter, met de invoering van de WIA heeft ook de Ziektewet enkele wijzigingen ondergaan (art. 1.4 IWIA). Zo is de werknemer op grond van het nieuwe artikel 38b Zw desgevraagd gehouden de werkgever te informeren over zijn eventuele aanspraak op ziekengeld krachtens artikel 29b Zw. De verplichting tot het verstrekken van dergelijke informatie bestaat niet gedurende de eerste twee maanden na indienstreding. Hieruit volgt dat er voor een sollicitant geen mededelingsplicht bestaat over het van toepassing zijn van artikel 29b Zw, doch dat de werkgever in dezen een vraagrecht toekomt nadat de eventuele proeftijd is verlopen.

*In de WIA staat niet het verzekeren van arbeidsongeschiktheid, maar het activeren van arbeidsparticipatie voorop.*

## 6. PRAKTIJKRICHTLIJNEN

### Algemeen

Een werkgever mag bij sollicitaties een keuze maken tussen kandidaten op grond van voor de uitoefening van de functie rechtstreeks van belang zijnde feiten en omstandigheden. Het is een werkgever toegestaan door middel van het stellen van vragen de geschiktheid van een kandidaat te beoordelen (vraagrecht), terwijl de sollicitant zonedig is gehouden de werkgever eigener beweging te informeren over van belang zijnde onderwerpen (mededelingsplicht).

### Vraagrecht/mededelingsplicht arbeidsbeperkingen

Bovengenoemde uitgangspunten gelden onverkort met betrekking tot informatie aangaande arbeidsbeperkingen, zij het dat het privacygevoelige karakter van deze informatie en het risico van discriminatie nopen tot een restrictieve uitleg. Dit spreekt ook uit de WMK en de WGBH/CZ op grond waarvan het vraagrecht van de werkgever is beperkt en de sollicitant uitsluitend met betrekking tot relevante arbeidsbeperkingen is gehouden de werkgever eigener beweging te informeren. Een en ander impliceert dat het aan de werkgever is om de functie-eisen vooraf helder bekend te maken.

### Relevante arbeidsbeperkingen

Welke informatie rechtstreeks van belang is voor de werkgever om vooraf te weten, is afhankelijk van de aard van de functie. De status van WGA'er is geen relevante informatie die vooraf moet worden gemeld.

De op de sollicitant rustende mededelingsplicht heeft uitsluitend betrekking op thans aanwezige arbeidsbeperkingen en beperkingen die zich in het verleden hebben voorgedaan, die aan de goede uitoefening van de functie in de weg staan. Met betrekking tot beperkingen die zich in de toekomst kunnen voordoen geldt alleen een meldingsplicht, indien ongeschiktheid tot werken binnen een half jaar aanvang van het dienstverband kennelijk kon worden verwacht.<sup>19</sup>

Indien bij de sollicitant sprake is van relevante arbeidsbeperkingen hoeft hij hiervan enkel mededeling te doen in termen van functionele beperkingen dan wel behoefte aan aanpassingen. Er is geen reden de medische oorzaak hiervan te vermelden.

### Aanpassingen

Het is in eerste instantie aan de sollicitant om de behoefte aan een doeltreffende aanpassing aan te kaarten. Het strekt hierbij tot aanbeveling zo duidelijk mogelijk aan te geven om welke werkaanpassing wordt

17. Rb. 's-Gravenhage 22 januari 2003, JAR 2003/65.

18. Kamerstukken II 2004/05, 30 118, nr. 3, p. 58-60.

19. Vgl. art. 44 lid 1 onder b Zw en de Beleidsregels weigering ziekengeld bij bestaande of te verwachten ongeschiktheid (Stcrt. 2004, 115).

## *Het staat de sollicitant vrij zelf te bepalen op welk moment hij melding maakt van relevante arbeidsbeperkingen tijdens de sollicitatieprocedure.*

verzocht. Zowel de werknemer als de werkgever kunnen de Arbo-dienst in dezen om advies vragen.

### **Moment mededelingsplicht**

Het staat de sollicitant vrij zelf te bepalen op welk moment hij melding maakt van relevante arbeidsbeperkingen tijdens de sollicitatieprocedure. Ter voorkoming van risicoselectie ligt het in de rede dit te doen aan het einde van het proces van werving en selectie. Dit heeft voor de sollicitant als bijkomend voordeel, dat een vermoeden van onderscheid, in de zin van de WGBH/CZ, eerder kan worden aangenomen. Keerzijde van het melden in het eindstadium van de sollicitatieprocedure is dat een eventuele werkaanpassing dan niet altijd tijdig kan worden gerealiseerd.

### **Financieel voordeel**

De eventuele aanspraak op financiële voordelen impliceert noch een vraagrecht voor de werkgever, noch een – voor de functie niet rechtstreeks van belang

zijnde – mededelingsplicht voor de sollicitant. Uit de wetsystematiek volgt dat de hoogste prioriteit toekomt aan privacybescherming en het voorkomen van discriminatie. Dit is slechts anders ingeval artikel 29b Zw van toepassing is. Een werknemer die minimaal twee maanden in dienst is, dient de toepasselijkheid van dit artikel desgevraagd te melden.

### **Vertrouwen**

Hoewel de werkgever het niet spontaan melden van arbeidsbeperkingen tijdens de sollicitatiefase kan ervaren als een gebrek aan wenselijk geachte openheid tijdens de sollicitant, vormt dit geen titel de onderhandelingen of een eenmaal aangegane arbeidsverhouding wegens een vertrouwensbreuk voortijdig te beëindigen. De mededelingsplicht van de sollicitant beperkt zich tot voor de vervulling van de functie rechtstreeks van belang zijnde feiten en omstandigheden. Het geeft geen pas een arbeidsrelatie te verbreken vanwege het niet-melden van irrelevante factoren. ■